

A APLICAÇÃO DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC) EM LICITAÇÕES PÚBLICAS E SUA INFLUÊNCIA NAS TRANSFORMAÇÕES LEGISLATIVAS

Amanda Alves Nobre Sales*

William Paiva Marques Júnior**

RESUMO: Analisa-se a eficácia do Regime Diferenciado de Contratações e sua influência nas transformações legislativas, fazendo um estudo dos princípios constitucionais aplicáveis às licitações públicas, em seguida, tratando sobre o conceito e características do Regime Diferenciado de Contratações, e finalmente analisando o impacto do RDC nas transformações legislativas em sede de licitações, e, seus pontos positivos e negativos. O trabalho se revela importante, pois, busca fornecer elementos necessários para se estabelecer uma discussão mais precisa sobre o impacto do RDC nas transformações legislativas, mais especificamente nas licitações. A necessidade desta pesquisa se pauta, ainda, nos questionamentos sobre a eficiência do RDC, perante as outras modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, bem como, avaliar sua real consequência e utilização para a Administração Pública, e, verificando se seus objetivos estão sendo alcançados.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. RDC. Impacto do RDC nas transformações Legislativas.

THE APPLICATION OF THE DIFFERENTIATED CONTRACTING REGIME (RDC) IN PUBLIC BIDDING AND ITS INFLUENCE ON LEGISLATIVE TRANSFORMATIONS

ABSTRACT: The effectiveness of the Differentiated Contracting Regime and its influence on legislative changes are analyzed, making a study of the constitutional principles applicable to public tenders, then addressing the concept and characteristics of the Differentiated Contracting Regime, and finally analyzing the impact of the RDC in the legislative transformations in terms of public tenders, and, its positive and negative points. The work is revealed important, because it seeks to provide the necessary elements to establish a more precise discussion on the impact of the RDC on legislative changes, more specifically in the bidding process. The need for this research is also guided by questions about the efficiency of the RDC, in view of the other modalities provided for in Law No. 8, 666 / 93, as well as assessing its real consequence and use for Public Administration, and, verifying whether its objectives are being achieved.

KEYWORDS: Bidding. RDC. Impact of the RDC on Legislative Transformations.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) teve sua aplicação exclusiva às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Copa das

* Pós-Graduada em Licitações e Contratações Públicas pelo Centro Universitário 7 de Setembro e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Christus. *E-mail:* amandanobre.adv@gmail.com

** Mestre (2009) e Doutor (2016) em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Foi Advogado da ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) de 2008 a 2011. Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da UFC das disciplinas de Direito Civil II (Obrigações) e Direito Civil V (Coisas). Assessor de Legislação e Normas da Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas da UFC. *E-mail:* williamarques.jr@gmail.com

Confederações Fifa 2013 e à Copa do Mundo Fifa 2014, Obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais.

Porém, posteriormente, esta mesma lei teve suas finalidades ampliadas também para as Ações integrantes do PAC; obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS; obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; ações no âmbito da segurança pública; obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; contratos a que se refere à locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração, e, por fim, incluído pela Lei nº 13.243/16, para as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação.

14 | Importante salientar também que o RDC não se destaca apenas por suas aplicações exclusivas, mas, porque traz um novo procedimento, mais célere e vantajoso para a Administração Pública. Dentre as inovações trazidas, pode-se destacar a regra do orçamento sigiloso, a figura da contratação integrada e a inversão das fases de habilitação e julgamento.

Devido a essas extensões do RDC, a realidade das licitações públicas é modificada, e surgem dúvidas se esta nova modalidade ainda está alcançando seus objetivos, traçados pela própria lei, e se há eficiência e economicidade necessária para a Administração Pública em suas contratações.

Assim, dentre vários importantes temas relacionados ao RDC, prioriza o presente trabalho na análise da eficácia do Regime Diferenciado de Contratações, e sua influência e impactos nas transformações legislativas em sede de licitações.

Com relação aos aspectos metodológicos, utiliza-se o método dedutivo, que consiste, em uma análise sobre o Regime Diferenciado de Contratações, abordando suas consequências nas licitações e contratações públicas, bem como identificar os impactos advindos de tal método de contratação nas legislações vigentes, haja vista que ainda não se sabe qual a sua verdadeira vantagem para a Administração Pública e se ela realmente trouxe todos os benefícios que prometia, tal como assegurar celeridade ao processo licitatório, juntamente com maior economicidade e eficiência.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Os princípios jurídicos são frequentemente utilizados na solução de controvérsias envolvendo a hermenêutica dos direitos fundamentais, abrindo espaços vanguardistas para a interpretação constitucional e para o pensamento jurídico pós-crítico no contexto epistemológico da contemporaneidade.

Para Humberto Ávila¹, os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido.

Aduz Norberto Bobbio² que ao lado dos princípios gerais expressos há os não-expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema.

No que concerne ao tema de licitações e contratos, foi criada a Lei nº 8.666/93, que estabelece as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

De acordo com a mesma lei, e também utilizando o art.37, *caput*, da Magna Carta, resta evidenciado que os princípios básicos que devem guiar a Administração Pública são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, garantindo, assim, o correto manejo do dinheiro público.

Cumprir destacar que, o administrador público tem o dever de observância ao princípio da legalidade estrita, ou seja, deve cumprir o que está na lei, não podendo dela esquivar-se ou ampliar a sua interpretação.

O princípio da legalidade vem primordialmente do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, que dispõe “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de

¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2.006, págs. 78 e 79.

² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, pág. 159.

fazer alguma coisa senão em virtude de lei”³. Ou seja, deste dispositivo de ordem geral e abstrata, expresso em nossa Constituição, pode-se concluir que a lei é que vai gerir os direitos, deveres e vedações, de todos os indivíduos.

Definindo a legalidade, Fernanda Marinela⁴ explica:

[...] a legalidade, aplicando-se o ordenamento jurídico vigente, devem ser analisados dois enfoques diferentes. De um lado, tem-se a legalidade para o direito privado, onde as relações são travadas por particulares que visam aos seus próprios interesses, podendo fazer tudo aquilo que a lei não proibir. Por prestigiar a autonomia da vontade, estabelece-se uma relação de não contradição à lei. De outro lado, encontra-se a legalidade para o direito público, em que a situação é diferente, tendo em vista o interesse da coletividade que se representa. Observando esse princípio, a Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza ou determina, instituindo-se um critério de subordinação à lei.

Quanto ao princípio da impessoalidade, registra-se, que este está previsto no texto da Constituição Federal no seu artigo 37, *caput*, e, quando analisado, pode-se presumir que se baseia em tratar a todos de forma igualitária, sem favoritismos, perseguições ou privilégios, e garantindo a Administração trabalhar com isonomia.

16

Acerca do tema, salienta-se ainda que “deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros”.⁵

O art.37 da Constituição Federal também trata expressamente do princípio da moralidade, que atribui ao administrador e ao agente público, agir com moralidade, ética, probidade e boa-fé, ou seja, exige atos que transcendam a legalidade, pois, são de ordem moral.

Acerca disso, Gasparini cita que “o ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei, mas à própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos”.⁶ O que faz refletir sobre a profundidade e importância dele na atuação administrativa.

³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁴ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5.ed.Niterói: Impetus, 2011, p.30-31.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26.ed.São Paulo: Atlas, 2013, p.20.

⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 09.

Outro princípio muito importante é o da publicidade, que indica que os atos da Administração devem ter ampla divulgação, atentando-se, somente as hipóteses de sigilo previstas em lei.

Quanto à amplitude dessa divulgação, verifica-se que varia conforme a legislação e de acordo com o ato emanado, devendo, em regra, alcançar o maior número de administrados, para, assim, proporcionar eficácia ao ato.

Sobre o princípio da publicidade, comenta Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁷:

[...] o princípio da publicidade diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade. A não obrigatoriedade do princípio em análise somente ocorre em casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração Pública. Nesse caso, será previamente declarado o sigilo do procedimento.

Assim, nota-se que o administrador deve dar ciência aos seus administrados de todos os seus atos, uma vez que os interesses e direitos do povo devem sempre prevalecer na Administração Pública.

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. – Lei de Acesso à Informação (LAI) tem como principal fundamento a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção na Administração Pública, conforme normatizado em seu artigo 3º, inciso I.

Ademais, resta mencionar o princípio da eficiência, também encontrado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, que foi inserido pela Emenda à Constituição de nº 19/98, com o objetivo de provocar mudanças no regime do Direito Administrativo no Brasil e ofuscar o regime burocrático.

Esta inclusão na Constituição Federal somado aos demais princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, tornou-se imprescindível para uma boa administração e proteção do interesse público.

Sobre a relação do princípio da eficiência com o da boa administração, Bruno Miragem⁸ aponta:

O Princípio da Eficiência possui lugar de destaque no direito administrativo contemporâneo. Primeiro, porque possibilita a administração pública se atualizar, adotando modelos de gestão focados em metas e resultados, inclusive mediante

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 359.

⁸ MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 2013. p. 38.

sua contratualização entre órgãos de administração superior e os agentes públicos responsáveis pelo alcance dos objetivos definidos. E, do mesmo modo, orienta a otimização dos recursos financeiros como base da atuação administrativa. Por fim, permite avaliar a própria conduta do agente público, não mais sob o aspecto formal tradicionalmente associado ao exame sobre o modelo de exercício de poder, vinculado à legalidade ou discricionário, subordinado à decisão do administrador, mais em vista dos resultados alcançados.

Sendo assim, quando a Administração utiliza o princípio da eficiência, ela evita desperdícios e aumenta o desempenho da máquina pública, o que resulta em uma boa administração.

Nessa perspectiva, o Regime Diferenciado de Contratação buscando preservar os princípios constitucionais acima citados, afetos as contratações públicas, prevê em seu texto legal seus objetivos e princípios, todos amparados na segurança jurídica, eficiência e economicidade. Com efeito, o art. 3, da Lei nº 12.462/2011, dispõe:

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

O art.4º, por sua vez, dando materialidade aos princípios acima citados, prevê:

§ 1º. O RDC tem por objetivos:

I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;

III - incentivar a inovação tecnológica; e

IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Assim, torna-se notório que a eficiência norteia as diretrizes e os objetivos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Porém, apesar de trazer a eficiência em seus objetivos, ainda não se encontra provas suficientes de que este novo regime está realmente proporcionando todas as vantagens que, *prima facie*, ora apontou.

Importante destacar também, que além dos princípios acima mencionados, destacam-se nas licitações e contratações públicas, o Princípio da Isonomia, do Julgamento Objetivo, da Vinculação ao Instrumento convocatório, bem como o da Adjudicação Compulsória. Todos com o mesmo objetivo, que

é trazer a interpretação mais benéfica a Administração Pública e resguardar os interesses públicos.

3 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC): DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E CARACTERÍSTICAS

No Direito brasileiro, a Lei que normatiza de maneira geral as licitações e contratações públicas, é a Lei nº 8.666/93. De acordo com esta mesma lei, existem cinco modalidades licitatórias, que são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, e, posteriormente, surgiu a modalidade pregão, que está conceituada no art. 1º da Lei nº 10.520/2002, sendo realizada na forma presencial e eletrônica.

No entanto, mesmo com o total de seis modalidades de licitação, os legisladores não se deram por satisfeitos e, com a justificativa de viabilizar os eventos esportivos dentro dos prazos esperados, aprovaram a Lei nº 12.462, de 2011, que criou um novo regime de contratação, que, de acordo com eles, seria mais célere e econômico para a Administração Pública: o Regime Diferenciado de Contratação – RDC.

A princípio, a Lei nº 12.462/11 previa a utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, apenas, para a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Copa das Confederações Fifa 2013 e à Copa do Mundo Fifa 2014, Obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais.

Porém, em 2012, o Congresso Nacional entendeu por bem acrescentar o inciso IV no art. 1º da lei do RDC, estendendo sua aplicação para as Ações integrantes do PAC.

Na sequência, foram feitas novas alterações, e o instituto do RDC que havia sido criado para ampliar e construir uma melhor infraestrutura para a Copa do Mundo de 2014 e para as Olimpíadas de 2016, devendo ser aplicado apenas de maneira excepcional e transitória, teve sua atuação ampliada paulatinamente.

Atualmente, o art. 1º da Lei nº 12.462/11 que contava, apenas, com três incisos, já possui dez, conforme podemos observar:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:
I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II;

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VII - das ações no âmbito da segurança pública; (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016)

Assim, nota-se que o instituto que havia sido criado para ser utilizado em casos específicos, e de forma provisória, tornou-se comum e permanente, levando a crer no contínuo crescimento dessas hipóteses tratadas na referida lei.

A expansão do campo de incidência do RDC gerou muita polêmica, principalmente, entre alguns doutrinadores, por entenderem que o Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi criado em caráter urgente, o que impediria essas ampliações que foram realizadas posteriormente. Nesse sentido, Andrade e Veloso⁹ discorrem:

A crítica de fundo, em verdade, parece residir na adoção de um regime excepcional e temporário para a solução episódica de problemas pontuais em projetos específicos. Entende-se que o debate em torno do RDC poderia ter culminado

⁹ ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. **Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas:** objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11). Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.42.

em esforços para o aprimoramento da Lei nº 8.666/93 e das licitações e contratos administrativos de que a Administração em geral se utiliza.

Por oportuno, cabe registrar que instituto do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que incorporou algumas inovações previstas em legislações especiais, como as normas do Pregão, vieram com o intuito de desburocratizar o ramo das licitações e reduzir os custos das contratações públicas no Brasil.

Acerca do tema, Benjamin Zymler¹⁰ afirmou:

Vejo o RDC como uma evolução em termos de regime de contratação. Ele não tem nada de mais, é a incorporação de práticas que foram bem sucedidas em outros países e no Brasil. Muita coisa era aplicada no âmbito da Lei 8.666/93, mas não era explicitada. Praticava-se contrato de eficiência e remuneração variável nas entrelinhas. O RDC explicitou aquilo que já vinha sendo utilizado com sucesso. Não inventou a roda. Tanto que o resultado (sic) prático já pode ser inferido no DNIT e na Infraero, que foram os balões de ensaio no governo federal. As contratações são muito mais rápidas e por preços mais vantajosos. Há garantia de que a vantagem da proposta vencedora vai ser mantida durante toda a execução do contrato. É uma questão de tempo para que o RDC se torne um regime aplicável a toda e qualquer licitação no Brasil.

Dentre as inovações trazidas pela Lei do RDC, podem-se citar a contratação integrada, a remuneração variável vinculada ao desempenho, o sigilo dos orçamentos, o estímulo à informatização, o modo de disputa aberto, a fase recursal única, o critério de julgamento de maior retorno econômico, a negociação com o licitante que ofereceu a oferta mais vantajosa e a inversão das fases de habilitação e propostas.

No tocante à utilização da Contratação Integrada, importante inovação trazida pelo RDC, José Antônio Pessoa Neto¹¹, esclareceu:

As Administrações, ao se utilizarem do Regime de Contratação Integrada, devem planejar o empreendimento com gerenciamento adequado, mediante cronograma contendo a definição das sequências das tarefas predecessoras e sucessoras, de forma a possibilitar a elaboração dos projetos e a execução das obras e serviços das diversas disciplinas de engenharia. Tal condição reduzirá sensivelmente o tempo de execução do empreendimento como um todo, devido à possibilidade de simultaneidade de atividades, ou seja, elaboração de projeto e execução das obras.

¹⁰ GAZETA DO POVO, Paulo Ferracioli. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/o-rdc-explicitou-aquilo-que-ja-vinha-sendo-utilizado-com-sucesso-egdo0ou4f5qhshtlzyu15krwu> Acesso em 05 de abril de 2020.

¹¹ PESSOA NETO, José Antônio, **As Obras Públicas pelo RDC com o Regime de Contratação Integrada**, Revista Negócios Públicos, Curitiba-Paraná, n. 128, p.17-21 mar. 2015.

Ou seja, apesar das fortes críticas recebidas, este regime objetiva a eficiência nas contratações de obras públicas, trazendo maior agilidade nos processos de contratações públicas, além da grande promessa de reduzir as quantidades de termos aditivos, decorrentes de alteração de projetos e acréscimos dos custos das obras.

Ainda, à luz dessas inovações trazidas pela Lei nº 12.462/2011, cabe analisar também a inversão de fases de habilitação e julgamento das propostas, assunto repisado em diversas discussões sobre sua eficiência e consequente celeridade para os processos licitatórios e qual seria a verdadeira vantagem deste Regime Diferenciado de Contratação para a Administração Pública.

Considerando tratar-se de uma lei relativamente nova, em comparação com a Lei nº 8.666, que é de 1993, ainda não se pode mensurar qual a sua verdadeira vantagem para a Administração Pública e se ela realmente trouxe todos os benefícios que prometia, tal como assegurar rapidez ao processo licitatório, juntamente com maior economicidade.

22 | Importante destacar que a Lei nº 12.462/11 não se trata de uma reforma da Lei Geral de Licitações e Contratos, mas de uma lei especial, e sua utilização deverá constar expressamente no instrumento convocatório do certame, implicando, inclusive, no afastamento das disposições da Lei Geral de Licitações e Contratos. Nesse sentido, Sylvio Toshiro Mukai¹² entende que:

[...] o RDC não apenas institui normas diferenciadas de licitação para as contratações necessárias à realização dos eventos de que trata, e da infraestrutura e serviços dos aeroportos que se encontram no limite estabelecido pela lei de regência, mas, também, afastou a efetiva aplicação de quase a totalidade dos dispositivos da Lei nº 8.666/93 que tratam do procedimento administrativo de licitação.

Diante de tais questões, há diversos posicionamentos doutrinários no tocante às inovações trazidas pelo RDC, bem como a ampliação de sua utilização, pois grande parte da doutrina entende que, apesar de a Lei Geral de Licitações ser enrijecida e possuir institutos ultrapassados, não se pode ignorá-la e utilizar um regime excepcional em regra, e, sim, devem ser estudadas possíveis

¹² MUKAI, Sylvio Toshiro. **A ampliação do campo de aplicação do regime diferenciado de contratações públicas**. Boletim de Licitações e Contratos – BLC, ano 2013, n. 5, p. 408-412, maio 2013. Disponível em: http://www.ndj.com.br/pesquisa_2011/geiclC_FRM_0000.aspx?id1012-32008&id0=1001. Acesso em: 06 abril 2020. p. 408.

alterações à Lei nº 8.666/93, como forma de aprimorá-la, incorporando-se, inclusive, as práticas positivas trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Acerca do tema, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹³ entende que:

O regime diferenciado de contratação (RDC) aproveitou muitas contribuições da jurisprudência dos tribunais de contas e de doutrina para aprimorar o regime licitatório no Brasil. Neste momento, o novo instituto enfrenta o processo natural que cerca o início de vigência da nova lei. Saliente-se que a Lei do RDC possui alguns aspectos negativos, quais sejam:

- a) não deixa claro se o preço sigiloso pode ou não balizar os julgamentos;
- b) mantém o dever de parcelar, agora sem critérios;
- c) restringe-se a licitações de objetos que não são prioridades do Brasil, como, por exemplo, saúde, segurança e gerenciamento de obras do PAC. Contudo, destacam-se alguns aspectos positivos da Lei n. 12.462/11:
 - a) regulou a pré-qualificação e o sistema de registro de preços, e o fez muito bem;
 - b) permitiu aliar a expertise do setor privado com a contratação integrada; transferiu para o setor privado o risco de elaborar projeto básico, vedando aditivo *por erro de projeto* quando o setor privado elaborar o objeto;
 - c) regulou a possibilidade de inversão de fases;
 - d) permitiu, como já ocorreu no pregão, manter o preço sigiloso;
 - e) permitiu a redução de prazos e a implantação de recurso único.

Penso, porém, que essas e outras ideias podem motivar os Estados Federados a atualizarem suas leis de licitações como fez o do Maranhão, que, em março deste ano, editou um moderníssimo Código de Licitações e Contratos, por meio da Medida Provisória n. 117/2012.

23

Assim, diante de tais implicações, torna-se notório o crescente avanço do Regime Diferenciado de Contratações no mundo jurídico, principalmente no Direito Administrativo no âmbito das licitações, e, mesmo diante dos pontos negativos acima levantados, é plausível que seja feita uma análise sobre esse novo regime de contratação, suas implicações na Administração Pública e sua verdadeira eficácia, diante da Lei Geral de Licitações, a fim que seja possibilitado à Administração prestar melhores serviços, com mais qualidade e celeridade, sem afrontar também os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

4 IMPACTO DO RDC NAS TRANSFORMAÇÕES LEGISLATIVAS EM SEDE DE LICITAÇÕES

Primeiramente, cumpre destacar que o RDC não foi idealizado para sanar os intercorrentes problemas que são enfrentados pela Administração Pública,

¹³ JACOBY, Jorge Ulisses Fernandes. Revista TCEMG, p.23-24, jun, 2012. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1523.pdf>. Data de acesso: 06 de abril de 2015.

no tocante às licitações ineficientes, o excesso de burocracia, morosidade, fraude e corrupção, mas, sim, problemas pontuais trazidos pela ansiedade em acelerar as licitações para os eventos esportivos.

Cumprе destacar, ainda, que o RDC veio para flexibilizar e inovar frente à presente Lei nº 8.666/93, pois, esta traz em sua configuração dispositivos truncados e extremamente formais que atrapalham a eficiência que o Estado tanto necessita.

Nesse sentido, cabe mencionar o entendimento do TCU proferido por Valmir Campelo¹⁴:

Quero deixar claro que entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória. Contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única, disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade... Incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público. Delinearam-se outros meios para objetivar o que vem a ser a melhor proposta. Nessa miríade de possibilidades, entretanto, com incremento na discricionariedade aos gestores, o contraponto é um maior dever motivador. Com mais caminhos, aumenta-se a necessidade de transparência quanto à escolha da trilha mais adequada a ser seguida. O sigilo do orçamento, como optativo, é uma dessas portas a serem devidamente motivadas. Orçamento aberto ou fechado, basta sopesar, em cada caso, a melhor escolha. O que ora apresentamos, deste modo, é que a extrema urgência no término da obra é um dos fatores a serem ponderados, em face do risco de licitações fracassadas.

Quanto às inovações pautadas por esse novo regime, podem-se citar: caráter sigiloso do orçamento, inversão de fases, regime de contratação integrada, remuneração variável, regulamentação do Registro de Preços, pré-qualificação permanente, critério do maior retorno econômico, escolha de proposta, prazo recursal único, dentre outras.

Porém, diante de tantas novidades, apenas, algumas delas merecem destaque, tais como: os dispositivos que tratam da questão ambiental, a regra da inversão de fases no certame e a remuneração variável.

Sobre a temática ambiental, registra-se que esta vem expressamente tratada pelo RDC no art.4º, §1º, e que impactou bastante as transformações legislativas em sede de licitações.

No que se refere aos dispositivos legais relacionados ao meio ambiente, podem-se apontar: o da sustentabilidade (arts. 4.º, § 1.º, I, II, III, e 14, parágrafo único, II, da Lei 12.462/11); o respeito à ordem urbanística (art. 4.º, § 1.º,

¹⁴ TCU, Acórdão nº 3.011/2011, Plenário. Rel.Ministro Valmir Campelo.DOU, 08 nov. 2012. Disponível em: http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/017.603-2012-9-%20Copa.pdf. Acesso em: 28 mar. 2020.

IV, da Lei 12.462/11); a preocupação com o patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial (art. 4.º, § 1.º, V, e § 2.º, da Lei 12.462/11); e a preocupação com a acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Sobre essas normas ambientais inseridas no RDC Cláudio Sarian Altounian e Rafael Jardim Cavalcante¹⁵ expõem:

Esse aparato legislativo – acompanhado da respectiva regulamentação – contorna de forma positiva o ‘princípio do desenvolvimento nacional sustentável’, a ser necessariamente considerado pelo gestor para a idealização de um objeto que atenda, *amplo sensu*, às necessidades da Administração, de forma a viabilizar a obtenção da melhor proposta.

Outro dispositivo de grande evidência no RDC, herança da Lei do Pregão, que conquistou espaço, e, que, provavelmente deve incorporar a Nova Lei de Licitações e Contratos que está a caminho, é a regra geral de inversão de fases. Essa regra da inversão de fases foi tão bem aceita na Lei Pregão que se estendeu ao RDC, otimizando o procedimento licitatório, e deve continuar sendo utilizada.

Benjamin Zymler e Laureano Canabarro Dios¹⁶, reforçando a ideia de que a inversão de fases traz mais celeridade aos procedimentos licitatórios, comentam:

[...] a sistemática do novo regime é positiva, pois os esforços referentes à fase de habilitação estarão concentrados somente nos documentos do licitante com a melhor proposta. Ou seja, em havendo, por exemplo, cinco licitantes, em vez de serem submetidos à comissão de licitação os documentos de todos eles, somente o serão aqueles cuja proposta está classificada em primeiro lugar. Somente em eventual desclassificação desse licitante, passar-se-ia a apreciar os documentos do segundo colocado.

No tocante às obras e serviços de engenharia na Administração Pública, o RDC trouxe a seguinte inovação: a possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, opção que foi inclusive abraçada pela PLS n.º: 559/2013, pois, estimula o interesse do contratado em prestar o melhor serviço.

¹⁵ ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na prática: 250 questões fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p.48.

¹⁶ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Canabarro Laureano. **Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p.69-70.

Explicando melhor esse instituto, José Antônio Pessoa Neto e Marcelo Bruto da Costa Correia¹⁷, discorrem:

Nesse novo modelo, o contrato tem um valor máximo que a Contratada poderá receber, entretanto, a Contratada é remunerada com base nos níveis alcançados de qualidade de prestação do serviço que se refletem nos pagamentos a serem realizados para a empresa contratada e, caso não alcance as metas mínimas almejadas, as empresas contratadas podem ser penalizadas.

De certo, que esse instituto está agasalhado em premissas da iniciativa privada para poder aferir eficácia e efetividade em suas contratações, mas, isso não é de todo negativo, na verdade, deve-se considerar um passo em busca da evolução na prática administrativa brasileira.

Ou seja, o RDC fomenta em seu texto a busca pela economicidade nas contratações públicas, bem como a efetivação de outros valores constitucionais.

Assim, nota-se que muitas das inovações positivas trazidas pelo RDC estão sendo reproduzidas no Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, que versa sobre a atualização e modernização da Lei Nacional de Licitações.

26

Este novo Projeto de Lei vem para revogar as Leis nºs 8.666/93 (Lei Geral de Licitações), 10.520/02 (Pregão) e 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações), mas, sem deixar de usufruir as experiências positivas que estas trouxeram.

O RDC não representa mais o futuro das licitações e contratações públicas, como se imaginava anteriormente, mas, ao menos, servirá de modelo pautado pela eficiência, superando o até então modelo burocrático.

5 OS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DO RDC NAS LICITAÇÕES

Entre os aspectos positivos trazidos pelo RDC, cabe citar o regime de contratação integrada, que transporta para o contratado a responsabilidade sobre todas as fases da execução da obra, bem como o cargo de assumir seus riscos, sem esquecer que também existirá o compromisso de entregar a obra dentro do prazo e preço contratado. Ou seja, esse recurso trouxe otimização de tempo e recursos para a Administração Pública.

¹⁷ PESSOA NETO, José Antônio; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. **Comentários ao Regime Diferenciado de Contratação Lei 12.462/11 – Uma perspectiva gerencial**. 1.ed. Curitiba: Editora Negócios Públicos do Brasil, 2015, p.176.

Outro ponto positivo, e que está intimamente ligado ao regime de contratação integrada é a matriz de risco, definida basicamente como ferramenta que analisa os riscos decorrentes da natureza do objeto a ser contratado, e que será elaborada pela Administração e suportada pelo particular, conferindo maior segurança jurídica ao contrato.

Inclusive, o Tribunal de Contas da União, em recentes decisões, vem entendendo que é recomendável inserir “matriz de riscos” no instrumento convocatório e na minuta contratual, de modo a tornar o certame mais transparente e isonômico, assim como a conferir maior segurança jurídica ao contrato¹⁸.

Ainda, sobre os aspectos positivos, cabe mencionar a inversão de ordem das fases do procedimento licitatório, fruto das inovações trazidas pelo Pregão, e bem recepcionado pelo RDC.

Outro fator benéfico, também trazido pelo Pregão e adotado pelo RDC foi a fase recursal única, tornando o procedimento licitatório mais célere.

Nesse novo regime de contratação também é entendido como favorável o orçamento de caráter sigiloso – sendo estritamente disponibilizado aos órgãos de controle interno e externo, pois, evita conluios e contribui para a competitividade e economicidade.

Por fim, outro procedimento salutar e muito benquisto é o da pré-qualificação permanente, que desburocratiza os processos de contratação, posto que, o órgão primeiramente faz uma avaliação de alguns fornecedores e interessados, selecionando aqueles que melhor se enquadrem nas suas exigências e os pré-qualificando pelo período de um ano.

No tocante ao sistema de registro de preços, mencionado na Lei nº 8.666/93, e, devidamente regulamentada pelo Decreto Federal nº 7.892/2013, o RDC tratou do assunto com louvor, repisando antigas regras e incorporando outras, readequando às novas necessidades da Administração.

Quanto aos aspectos negativos, a Lei nº 12.462/11, prevê em suas diretrizes que serão observadas quando da utilização do RDC, o parcelamento do objeto visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala a falta de regulamentação do parcelamento do objeto, porém, em nenhum momento explica quais critérios utilizará para isso, gerando uma lacuna quanto a esse assunto.

¹⁸ TCU, Acórdão 1465/2013-Plenário, relator Ministro José Múcio Monteiro, julgado em 12.06.2013. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/111/*/*KEY%3AAACORDAO-COMPLETO-1277325/DTRELEVANCIA%20desc/false/1. Acesso em: 20 jun.2017

Outro ponto negativo, que inclusive deve servir de alerta para a nova lei de licitações, é o artigo 48, parágrafo 3º, da Lei nº 8.666/93, que é considerado um grande “salvador” de licitações, mas, a lei do RDC não a prevê.

O parágrafo 3º, do artigo 48, da Lei nº 8.666/93, institui que todos os licitantes que forem inabilitados ou quando todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas nessas situações.

Assim, é indubitável para a economia e celeridade das licitações a utilização desse mecanismo, muito bem colocado pela Lei Geral de Licitações.

Diante de aspectos positivos e negativos, o importante é destacar que os órgãos de fiscalização e controle devem sempre trabalhar com máximo rigor, para garantir a correta utilização do dinheiro público.

Finalmente, conclui-se por todo o exposto que o RDC apresenta instrumentos para resolver a situação aflitiva das licitações públicas, incorporando boas práticas de gestão.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Normalmente, as licitações e contratações públicas no Brasil são taxadas de ineficientes, e excessivamente burocráticas. Buscando-se uma solução rápida e que suprisse a emergência das obras para os grandes eventos esportivos, os legisladores resolveram criar o Regime Diferenciado de Contratações.

Porém, um regime de contratação que foi criado a princípio, apenas, para: Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Copa das Confederações Fifa 2013, Copa do Mundo Fifa 2014, Obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais, teve seu campo de incidência bastante ampliado, adentrando inclusive nas áreas da saúde, educação e segurança pública. Ou seja, áreas completamente distintas daquelas a que se propôs inicialmente.

Registra-se também que essas ampliações foram todas feitas indiscriminadamente por meio de medidas provisórias, driblando a Lei Geral de Licitações, e evidenciando o *lobby* promovido pelas construtoras e empreiteiras que demonstraram ter grande influência nessas decisões.

Certamente que o RDC não é a solução para todos os problemas enfrentados pelas licitações públicas, porém, quando de sua criação foram concebidos diversos dispositivos legais que virão muito a acrescentar para uma Nova Lei de Licitações e Contratos, uma vez que a nossa Lei nº 8.666/93 encontra-

se muito defasada e não mais acompanha o constante crescimento do país e as inovações tecnológicas, que buscam incessantemente mais eficiência e economicidade.

Nesse sentido, é importante consignar também que em razão das inovações tecnológicas, em especial, a internet, os entes públicos passaram a se utilizar de ferramentas mais avançadas na área da informação e comunicação, e utilizá-las em benefício do serviço público, reduzindo custos e tornando o procedimento licitatório mais célere e eficiente.

Merecem destaque, no uso da tecnologia, o Pregão e o RDC eletrônico, que agregam em si a transparência, a facilidade de acesso às licitações públicas, capta o maior número de competidores e assegura maior economia aos cofres públicos.

Nota-se, que muita euforia foi criada em torno da Lei do RDC, achando, inclusive que ela seria a principal substituta da Lei nº 8.666/93, mas, frente a esse novo projeto de lei do Senado Federal, a PLS 559/2013, a euforia foi superada, e já se sabe que a Lei do RDC deve acabar, sendo substituída por uma nova Lei de Licitações e Contratos, aproveitando-se apenas o que de melhor o RDC apresentou – em sua curta passagem.

Enfim, pode-se concluir, que ficou a experiência de práticas positivas e quem devem ser incorporadas à nova lei de licitações.

REFERÊNCIAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **RDC e Contratação Integrada na prática: 250 questões fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. **Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas**: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462/11 e ao Decreto nº 7.581/11**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6ª- edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2.006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10ª- edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Lei Federal nº 12.462, de 05 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe

sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 04 abr. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAZETA DO POVO. **O RDC explicitou aquilo que já vinha sendo utilizado com sucesso**: Entrevista com Benjamin Zymler. Paulo Ferracioli. 20 nov. 2014. Curitiba, PR. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/o-rdc-explicitou-aquilo-que-ja-vinha-sendo-utilizado-com-sucesso-egdo0ou4f5qhsgtlzyu15krwu> Acesso em: 05 abr. 2020.

JACOBY, Jorge Ullisses Fernandes. **Revista TCEMG**, p.23-24, jun, 2012. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1523.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2020.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5.ed. Niterói: Impetus, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 2013.

MUKAI, Sylvio Toshiro. **A ampliação do campo de aplicação do regime diferenciado de contratações públicas**. Boletim de Licitações e Contratos – BLC, ano 2013, n. 5, p. 408-412, maio 2013. Disponível em: http://www.ndj.com.br/pesquisa_2011/geicLC_FRM_0000.aspx?id1012-32008&id0=1001. Acesso em: 06 abr. 2020.

PESSOA NETO, José Antônio, **As Obras Públicas pelo RDC com o Regime de Contratação Integrada**, Revista Negócios Públicos, Curitiba-Paraná, n. 128, p.17-21 mar. 2015.

PESSOA NETO, José Antônio; CORREIA, Marcelo Bruto da Costa. **Comentários ao Regime Diferenciado de Contratação Lei 12.462/11 – Uma perspectiva gerencial**. 1.ed. Curitiba: Editora Negócios Públicos do Brasil, 2015.

TCU, Acórdão nº 3.011/2011, Plenário. Rel. Ministro Valmir Campelo. DOU, 08 nov. 2012. Disponível em: http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/017.603-2012-9-%20Copa.pdf. Acesso em: 28 mar. 2020.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Canabarro Laureano. **Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 39, n. 1, p. 13-30, jan./jun. 2018